

法学研究論集

第46号 2017. 2

## 他人のための正当防衛と被攻撃者の意思

### Die Notwehr für die andere Person und Wille des Angegriffene

博士後期課程 公法学専攻 2015年度入学

柏 崎 早 陽 子

KASHIWAZAKI Sayoko

#### 【論文要旨】

本稿筆者はこれまでの研究で、正当防衛および他人のための正当防衛の正当化根拠を検討してきた。そこで検討した権利論拠によれば、他人のための正当防衛は、権利の担い手の意思に左右されるという点で、従属的な性格を有するものであることが明らかとなった。では、他人のための正当防衛は、この被攻撃者の意思にどの程度左右されることになるのだろうか。あるいは、この意思を考慮せずに他人のための正当防衛を行うことは可能であるのか。被攻撃者の意思との関係では、こうした問題が提起される。そこで、本稿では、他人のための正当防衛、いわゆる緊急救助と被攻撃者の意思との間の従属性をはじめとする諸論点について検討を加えたいと考える。

【キーワード】 他人のための正当防衛，被攻撃者の意思，従属性，拒否意思の重要性，性急な自己決定

#### 目次

- I. はじめに
- II. 被攻撃者の意思
- III. 緊急救助を拒否する意思の重要性
- IV. まとめ

## I. はじめに

本稿筆者はこれまで正当防衛および他人のための正当防衛<sup>1</sup>の正当化根拠を検討してきたが、そのなかでも権利論拠が妥当することが明らかとなった。この権利論拠によれば、緊急救助の場合、緊急救助者は、自身の権利に基づいて防御するわけではなく、あくまでも被攻撃者の権利の保護機能から生じる防御権限をこの者に代わり行使することになる。このことから導かれるのは、緊急救助には従属的な性質が認められるということである。ドイツ、さらに日本においても、このような従属性を認める見解が多数支持されている<sup>2</sup>。しかしまた、この従属性を全面化することには異議が唱えられている。たとえば、ギュンター・ヤコブスは、従属性を認めつつも、他方で以下のように述べる。すなわち、「被攻撃者の意思に反する正当化は考慮されないという、正当防衛救助(Notwehrhilfe<sup>3</sup>)について広められた定式は、一括的すぎる<sup>4</sup>」。このように、被攻撃者の意思に反したとしても、緊急救助が認められる可能性があることを示す反対説も存在する。

それでは、ヤコブスが述べるような、被攻撃者の意思に反する緊急救助の可能性は実際に肯定することができるのだろうか。この点に関して、権利論拠を主張するエングレンダー自身も詳細な検討を加えている。そこで本稿では、エングレンダーによる分析・検討を手がかりに、権利論拠を前提としつつ、緊急救助における被攻撃者の意思の従属性をどのような範囲で認めるのがよいかを検討したい<sup>5</sup>。

## II. 被攻撃者の意思

### 1. 緊急救助を拒否する意思の存在

まず、どのような場合に、緊急救助を拒否する被攻撃者の意思が存在するのだろうか。この点については、被攻撃者が他者による援助を望んでいるか否かのみが確かめられれば、簡単に答えられるように思われる。すなわち、被攻撃者が第三者によって防御されることを望んでいるならば、強要的緊急救助は存在しない。他方で、被攻撃者が防御を望んでいなければ、強要的緊急救助が存在することになる。しかしながら、より詳細に考察すると、この問題はそれほど単純ではないとエングレンダーは述べる。つまり、被攻撃者が防御を拒否する意思を示していたとしても、それが直ちに他者防御の拒否につながるわけではないのである。被攻撃者の意思で重要なのは、単純な防御拒否ではなく、その意思内容がどのような性質のものであるかという内容的な問題と、その意思が外

---

<sup>1</sup> 他人のための正当防衛は、すなわち正当防衛としての緊急救助のことを指す。本稿では、この正当防衛としての緊急救助のことを、以下「緊急救助」と省略して用いる。

<sup>2</sup> さらに、判例においても従属性が肯定されている。BGHSt5, 245ff. 参照。

<sup>3</sup> ヤコブスのいう正当防衛救助は、本稿における他人のための正当防衛と同義である。

<sup>4</sup> Günther Jakobs, AT, 1991, 12/59.

<sup>5</sup> Armin Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S.99ff.

部へ向けて表明される必要があるのか否かという問題である<sup>6</sup>。以下では、エングレンダーの分析に依拠しながら、これらの点を検討する。

## 2. 意思の内容—救助の放棄と救助の禁止の区別—

意思的内容的な側面でまず第1に考えられる状況は、被攻撃者が救助を望んでいない場合である。これに関しては、次のような場合が考えられる。たとえば、若い女性Fが、公道で彼女の友人に殴られていたところ、通行人PがFを救助しようとした。しかし、Fは友人を傷害の危険にさらすよりも、さらなる殴打を受け入れようとしてPによる救助を拒否した。このように、被攻撃者が攻撃者を傷つけない場合が挙げられる。このような場合に、通行人Pが救助に入ったら、PはFの意思に反することになり、それ故Fに救助を強要することになる。ただし、簡単には評価することのできない状況が存在する。たとえば、酔っ払いSが女性Fにしつこくつきまとったが、Fは夫Mの介入を拒否した。なぜなら、Sとの口論（die Auseinandersetzungen）の成りゆきで、Mが重大に侵害されることをFが怖れたからである。このように、ユルゲン・ザイアーも指摘するところであるが<sup>7</sup>、被攻撃者が第三者のことを心配して緊急救助を望まない場合がとりわけ問題となる。このような場合に、夫Mが救助に出たならば、Mは処罰されることになるのだろうか。

この問題の解決を可能にするのは、被攻撃者によって望まれたことについて、緊急救助の放棄（Nothilfeverzicht）と緊急救助の禁止（Nothilfeverbot）とを区別することである。そして、ザイアーによれば、ほとんどの事例に当てはまるのは、可罰性を免除する緊急救助放棄であるという。緊急救助放棄によれば、被攻撃者は援助をするかどうかを第三者に委ね、それ故、第三者が何もしないままにいることもまた許されるのである。つまり、被攻撃者は、法的な救助義務あるいは道徳的な救助義務からこの第三者を解放するのである。しかし、緊急救助放棄は緊急救助の禁止までも予定していない。したがって、第三者がそれでも救助に出る場合には、被攻撃者はこれを受け入れるだろうと考えるのである。この観点から前述の例をみると、妻Fが夫Mの健康が害されないよう望んでいたとしても、Fの意思はMに対する救助禁止には向けられていないため、Mの介入は許されることになる<sup>8</sup>。

他方で、緊急救助禁止の場合はこれとは異なる。禁止の場合に被攻撃者にとって重要なのは、第三者に介入する（Einschreiten）可能性を与えないことである。緊急救助禁止は放棄とは異なり、第三者に救助するか否かの決定を委ねるのではなく、被攻撃者自身が決定を行い、そして救助禁止を第三者に義務づけるのである。そして、被攻撃者が緊急救助を禁止する場合に、それにもかかわらず第三者が防御に出たならば、第三者は被攻撃者の意思に反して行為したことになり、したがっ

---

<sup>6</sup> Engländer, [Fn.5]S.101f.

<sup>7</sup> Jürgen Seier, Umfang und Grenzen der Nothilfe in Strafrecht, in: NJW, 1987, S.2482.

<sup>8</sup> Seier, [Fn.7], S.2480. Vgl. Engländer, [Fn.5]S.102.

て、被攻撃者に救助を強要することになるのである<sup>9</sup>。

では、緊急救助放棄の場合と禁止の場合はどのように区別されるのだろうか。ザイアーによれば、緊急救助者の権利剥奪を目標とする事例はごくわずかに、被攻撃者が攻撃者の保護を目的としている場合のみが挙げられる。たとえば、母親の食器を息子 S が破壊し、それを見た客 G が介入しようとした。しかし、母親 M は、S が苦痛を被るよりも重要でない実損を甘受することを望んだため、救助の拒否を G に伝えた。この事例では、M は自身の利害関心を越えて、S との利害関係を重視することを決定し、それ故に、M は可罰性を根拠づける意味で緊急救助の禁止を述べているのである<sup>10</sup>。

このように、ザイアーによると、真の禁止意思が認められるのはわずかな場合のみということになるが、このような評価は適切なのだろうか。たとえば、以下のような事例を考えてみる。第 1 に、喉元にナイフをつきつけられた被攻撃者が、「誰かが自分を救助しようとするれば、攻撃者は高い蓋然性で即座に自分を殺すだろう」と考えた場合。第 2 に、毎月みかじめ料を支払うよう強要された被攻撃者が、なんらかの防御に出たならば、彼の妻子に対して危害を加えると約束させられた場合である。前者は被攻撃者が事件のエスカレートを怖れている場合、後者は復讐行為を怖れている場合である。この両事例では、ザイアーが述べるような区別とは異なり、被攻撃者は緊急救助を第三者に委ねたい（つまり放棄したい）わけではなく、むしろ、危惧された結果が発生するのを防ぐために、いかなる救助も禁止するだろうと考えられるのである。このように、攻撃によってもたらされる侵害よりも、そのリスクがより高いと評価される自身への損害を回避するために、単なる放棄ではなく明白に禁止しようとする場合が考えられうるとエングレンダーは指摘するのである<sup>11</sup>。

さらに、ザイアーの区別によると緊急救助の放棄に分類されるであろう具体例をみる。ライバル N が人気者の S に平手打ちをくらわせた。彼のファンの前で弱虫扱いをされたくなかった S は、自分の手で防御をするつもりであった。このように被攻撃者が自身で防御を行うつもりであったところ、第三者が救助に出たような場合を検討する。そこで重要となるのは、介入してくる第三者をどの程度処罰するのが望ましいかを考えることではなく、非干渉（Nicht-Eingreifen）に関する決定を第三者に委ねるか、あるいは、被攻撃者自身が拘束的な決定を行うかどうかである。通常考えられるのは後者の場合であるが、後者は、放棄ではなく禁止を意味するものである<sup>12,13</sup>。したがっ

---

<sup>9</sup> Seier, [Fn.7]S.2482f. Vgl. Engländer, [Fn.5]S.102. ザイアーは、緊急救助禁止を権利剥奪（Rechtsentzug）としての緊急救助禁止と捉えている。

<sup>10</sup> Seier, [Fn.7]S.2483.

<sup>11</sup> Engländer, [Fn.5]S.103.

<sup>12</sup> ザイアーの区別によれば、自身で防御を行おうとする事例は、緊急救助の放棄に分類される。Vgl. Seier, [Fn.7]S.2483. Vgl. Engländer, [Fn.5]S.104.

<sup>13</sup> エングレンダーによれば、たとえば、被攻撃者が第三者を嫌悪している場合や、注目を集めるのを避けるために緊急救助を拒否する場合もこれにあたとされる。Engländer, [Fn.5]S.102.

て、被攻撃者にとって第三者をいたわることが重要である場合を除いては、たいていの場合は放棄の意思ではなく、一例外はあるとしても一真の禁止意思が存在するとエングレンダーは考えるのである<sup>14</sup>。このように、ザイアーによる緊急救助放棄と禁止に関する基準をエングレンダーは認めつつ、他方で、真の禁止意思が存在する場合をザイアーより広く評価するのである。

ただし、フランク・ミカエル・ヘラーは、この真の禁止意思に関して、以下のような異議を唱えている。ヘラーによれば、第三者がそれにもかかわらず仲裁をする (*dazwischentreten*) やいなや、被攻撃者は新たな評価を行うという。つまり、被攻撃者は、緊急救助者が介入しないという本来の目標を達成しなかった以上、もう一度その状況について評価するのである。そして、新たに評価した結果、被攻撃者が拒否に固執するのか、あるいは介入してきた以上、第三者の救助が成功してほしいと望むのかに分かれるのである<sup>15</sup>。しかしながら、被攻撃者は、第三者がそれにもかかわらず介入する場合に自分がどうするかを、以下の場合にすでに考察の対象に入れているとする。それは、救助行為をする前に、援助を望むか否かに関する自身の考えを形成している場合である。そして、被攻撃者がこの時点で、いかなる場合にも拒否に固執するという決心をしていない限りで、真の禁止意思は存在しないと考えるのである<sup>16</sup>。

しかしながら、ヘラーのこの異議に関して、エングレンダーは、すでに次のことが疑わしいと述べる。それは、個々の事例はいったん無視するとしても、被攻撃者が他者の救助を要求しないと決定する際に、すでに第三者がその拒否に反して介入してきた場合の、自己の身の振り方をともに考慮するのだろうかということである。さらに疑わしいのは、第三者の救助努力が成功することを被攻撃者が望むかどうかである。たとえば、被攻撃者が復讐行為を怖れている場合には、拒否に固執し、緊急救助者の救助が挫折することを望むことが考えられうる。エングレンダーによれば、ヘラーによるこの新たな評価は、すなわち、被攻撃者の意思を解釈し直すことを意味するという。たとえ、被攻撃者が大きな損害なく問題解決することを望んでおり、第三者が被攻撃者の表象に反して介入したとしても、第三者が介入しようと決めた時点では、介入を望まないことそれ自体を被攻撃者が変更するわけではない<sup>17</sup>。さらに、救助に成功した場合には、事後的にその行為を承認することもありうるだろう<sup>18</sup>が、しかし、事後的な承認もまた、第三者介入時点での拒否それ自体を変

---

<sup>14</sup> *Engländer*, [Fn.5]S.104.

<sup>15</sup> 前者には、たとえば被攻撃者にとって攻撃者の保護が重要であるような場合がある。

<sup>16</sup> *Frank Michael Heller*, *Die aufgedrängte Nothilfe*, 2004, S.254f. Vgl. *Engländer*, [Fn.5]S.104.

<sup>17</sup> *Rouven Seeberg*, *Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess*, 2005, S.126. において、ジーベルクは以下のように述べている。「同意の枠内では、一般的に犯行の時点で同意が存在しなければなら」ず、「事後的な承認は、正当化的効力 (*rechtfertigende Kraft*) を有しない。」そして、「緊急救助の適法性を、被攻撃者が緊急救助者の行動を『事後的に』承認するかどうかに応じて解釈するならば、この原則が無視されることになる。」

<sup>18</sup> *Seier*, [Fn.7]S.2482. *Engländer*, [Fn.5]S.105. によれば、事後的な承認は必ずしも行われるわけではなく、たとえば、幸運な結果がもたらされたとしても、被攻撃者自身の観点からすればリスクが高いことを理由に、介入拒否に固執することも考えられうるという。

更するわけではない。以上から、ヘラーのこのような異議を受けたとしても、第三者の健康が心配であることを理由に、被攻撃者が第三者の援助を望まない場合にのみ単なる放棄意思が存在するということは維持されうるとエングレンダーは考えるのである。それに対して、他の動機を被攻撃者が有している場合、少なくとも通常は、緊急救助禁止を前提とすることができるという<sup>19</sup>。

### 3. 意思の表明

次に、被攻撃者によってその者の意思が外部へ発信されることが必要となるのか否か、すなわち、意思の表明（die Erklärung des Willens）が問題となる。たとえば、被攻撃者が援助を望み、そして緊急救助者に対して明示的あるいは黙示的に援助を頼む場合、あるいは、援助を望まず、このことを第三者に理解させる限りでは、この意思の表明に関する問題は生じない。意思の表明に関する問題が生じるのは、たとえば次のような場合である。救助の申し出に対して、被攻撃者が、本来ならば「いいえ」と答えるつもりであったにもかかわらず、混乱していたために「はい」と答えてしまった場合である。

この事例に関しては、次の2つの可能性が考えられる。被攻撃者が述べたことが有効となるのか、あるいは、被攻撃者が実際に望んだことが有効となるのか。この場合の表明は、名宛人に対して一定の行動を義務づけることを目標としている。つまり、表明は、表明者の法領域（der Rechtskreis）だけでなく、同様に受取人の法領域にも関係するのである。そして、名宛人は、表明者の返答から、表明者が何を要求しているのかを推論するのである。表明者が意図したことを名宛人に認識させ、そして、その意図したことへ方向付けるように条件を設けることができるのは、表明者のみである。それ故、表明者によって引き起こされた誤解は、名宛人の負担となる。したがって、この場合に重要となるのは、名宛人の観点である。被攻撃者が救助を望んではいないが、しかしながら反対のことを表現してしまった場合には、表明者がその願望を有しているものとして取り扱われるため、第三者は被攻撃者を救助することができるのである<sup>20</sup>。

ただし、被攻撃者が同意も拒否も示さない場合も考えられうる。これに関して、以下の4つの解決策が対立している。緊急救助拒否的な解決策（nothilfefeindliche Lösung）、緊急救助有効的な解決策（nothilfefreundliche Lösung）、意思方向的な解決策（Willensrichtungslösung）、推測性の解決策（Mutmaßlichkeitslösung）である<sup>21</sup>。

まず、クラウス・ヒンメルライヒが主張するような、緊急救助拒否的な解決策について。彼によ

---

<sup>19</sup> Engländer, [Fn.5]S.104f.

<sup>20</sup> Engländer, [Fn.5]S.106. しかし、名宛人の観点に着目すると、差出人が実際に望んだことが表明から逸脱している場合、名宛人が錯誤に陥っている限りで、この差出人の望みは考慮されなくなってしまう。そのため、表明者は自身が表明することに気をつけなければならない。そして、この表明は、表明者にその者の意思として法的に帰属するのである。

<sup>21</sup> Engländer, [Fn.5]S.106.

れば、原則的に緊急救助は強要されないという。というのも、緊急救助権限を有しているのは被攻撃者であり、そして、その緊急救助を行使するか否かは、被攻撃者が自由に決定することができるからである。つまり、緊急救助は、被攻撃者の意思に左右されると考えるのである。その際、被攻撃者の意思に対応する表明があるとみなされるためには、少なくとも「客観的な根拠 (objektive Anhaltspunkte)」の存在が必要であるとする。「それ故、通常、被攻撃者が第三者による防御を望んでいるということを認識させなかった場合には、緊急救助は要請されない」とするのである<sup>22</sup>。

しかしながら、エングレンダーによれば、この解決策はほとんど正当なものではないという。被攻撃者が救助願望を明示的に、あるいは少なくともそれ以外の「客観的な根拠」という形で簡単に表現することのできない場合が存在するからである<sup>23</sup>。たとえば、暴力的な男性 T は、別れ話をもちだしてきた恋人の女性 F を家の地下室に閉じ込めた。F は、外部の人間に自分の存在を知らせることができなかった。それにもかかわらず、T との別れ話をする F を T の家まで送ったあと、T が家から出てくるのを待っていた知人 B は疑念を抱いた。この場合、F が助けを求めて叫び声を出すことができなかったという理由のみで、B は介入してはならないのだろうか。たとえ被攻撃者が表明を行うことができずとも、一定の要件の下では、権利の担い手が第三者に対して救助を委ねることをあらかじめ明示的に、あるいは黙示的に示しておらずとも、第三者が防御権限を行使することを合理的な権利の担い手は望むであろうと考えられるのである<sup>24</sup>。

たった今指摘された欠点を回避することができるのが、フォルカー・クライによって支持された、緊急救助有効的な解決策である。この説によれば、被攻撃者が攻撃に対して有効な同意をしていないとしても、たとえば、被攻撃者が攻撃を防御せず受け入れる、あるいは、自身で防御をしたいと考えているならば、被攻撃者の意思に反して行われる緊急救助は禁じられることになる。被攻撃者のこのような対立する意思（つまり拒否の意思）を無視して救助に出た場合、それは強要的緊急救助となる。そして、このような強要的緊急救助は原則的に禁止されている。なぜなら、正当防衛権は、自由処分が可能な法益に関しては、それを放棄することのできる者の権限だからであると考えられる。ただし、クライは以下のように続ける。強要的緊急救助が認められるのは、第 1 に、被攻撃者が自身の対立意思を表明し、そして第 2 に緊急救助者がこの意思を知っていた場合のみであるという<sup>25</sup>。しかしながら、エングレンダーによれば、強要的緊急救助に関しては、以下の場合も

<sup>22</sup> Klaus Himmelreich, Nothilfe und Notwehr: insbesondere zur sog. Interessenabwägung, in: MDR, 1967, S366. Vgl. Engländer, [Fn.5]S.106f.

<sup>23</sup> Seeberg, [Fn.17]S.154. ジーベルクも同様に、被攻撃者がそもそも防御されたいかどうかを認識させることができない状況が考えられうと述べる。そして、被攻撃者が、緊急救助への彼の願望を明確にあるいは決定的に表明しなければならないとするならば、被攻撃者に過大な要求をすることになり、それは被攻撃者の利益を適切に考慮しないことであるとして、ヒンメルライヒの見解を否定する。

<sup>24</sup> Engländer, [Fn.5]S.107. によれば、一定の条件のもとでは、ある人は、委託 (der Auftrag) なく、他者の利益を守ることができるという考えが一般化されているという。

<sup>25</sup> Volker Krey, AT/1, Rn.523.

考えられうるという。すなわち、被攻撃者が拒否の意思を表明することができないが、緊急救助者が被攻撃者の意思を推測上知っていたという場合である。次の事例を考えてみる。裕福な母親 M が旅行をしている間、金銭的に困っていた息子 S が M の家に侵入した。このことを隣人 N は知り、そして自身が介入すべきかどうか考えた。たとえ M が推測上、盗みを承諾していないとしても、おそらく S に対して何らかの措置がとられることを望まないだろうということを N は知っていた。N がこのような場合に緊急救助を行ったとすれば、このことは被攻撃者の意思に合致せず、被攻撃者の利害は無視されることになる。しかし、被攻撃者の利害を簡単に無視することが、なぜ第三者に対して許されるのかについての根拠は示されていないのである<sup>26</sup>。

以上から、結局、検討された 2 つの見解は、場合によっては被攻撃者の実際の意思を無視するという結論をもたらすことになる。その場合、被攻撃者はまったく有していないような意図を自身に帰せられることになる。したがって、この両見解は、被攻撃者が同意も拒否も示さない場合の解決策としては適切ではないと考えられるのである。これらの見解とは反対に、被攻撃者の実際の意思を考慮する見解が存在する。それが、この両者の中間に位置する意思方向的な理論である。意思方向的な理論によれば、同意にとっては、もっぱら権利の担い手の内的意思のみが重要であり、それが外部に現れることは必要ではないとされる<sup>27</sup>。しかしながら、この見解に対しては、緊急救助者が被攻撃者の意思に方向付けられるためには、その指示が緊急救助者にとって認識しうるものでなければならない、という批判が可能であるように思われる。それ故、被攻撃者が望んだことについての外的な根拠が必要となると考えられるのである。さらに、エングレンダーによれば、単なる内的な承認で十分であるとするならば、それは致命的な結論をもたらすという。なぜなら、緊急救助者が、自身の介入が望まれているか否か、自身にとって不利を招くかどうかについて確信することができなければ、安全のために何もしないと決定する可能性が著しく存在するからである<sup>28</sup>。そうすると、本来望まれていたはずの援助も行われなくなってしまうかねないのである。確かに、この見解によると、被攻撃者の意思が外部に現れないために、被攻撃者の実際の意思に沿うことをますます困難なものとするように思われる。エングレンダーが指摘するような可能性とは反対に、権利の担い手が緊急救助者に行動を禁止する意思を有していたとしても、この意思を認識することができなければ、—緊急救助者が自己を顧みず積極的に介入するような場合には—むしろ意思に反する緊急救助が行われる可能性も考えられなくはないだろうと思われる。

ここで、推測性の解決策が残されることになる。この解決策は、被攻撃者の明示的あるいは黙示的な表明が欠如している場合に、被攻撃者の推測的な意思を突きとめようとするものである。そのため、この解決策は、さしあたり個人の利益や選好 (Präferenz) そして表象を考慮する。たとえ

---

<sup>26</sup> Engländer, [Fn.5]S.107. Seeberg, [Fn.17]S.154.

<sup>27</sup> Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 11. Aufl., 2014, Vor§32, Rn25f. Vgl. Engländer, [Fn.5]S.108.

<sup>28</sup> Engländer, [Fn.5]S.108.



ば、裕福な母親の家に息子が侵入した事例では、これら個人の利益、選好および表象から、推測上、介入が望まれていないことが明らかとなるならば、拒絶の意思が根拠づけられることになる。つまり、この事例では、母親の特別な利害状況から介入が望まれていないことが明らかとなるため、緊急救助は拒否されることになるのである。これに対して、被攻撃者の特別な利害状況が明らかでない場合には、理性的な人間が具体的な状況において何を望むだろうかということに従って決定されることになる<sup>29</sup>。

この推測上の意思に関してさらなる問題が浮上するが、それは次の場合である。ある一定の状況において理性的な人間であれば望むことに反して、特別な選好を有しているために、同様の状況で拒否の意思を被攻撃者が有していた。それにもかかわらず、この選好が緊急救助者にとって認識することができないものであったような場合である。では、このような場合、推測上の意思によってどのように解決されるのだろうか。具体例を挙げて検討する。通行人 P は、軽犯罪者 K が E の自転車を盗もうとしているのを見た。しかし、E は平和主義者であり、どのような場合でも、人間に対するいかなる暴力も常に厳格に拒否していた。このことを P は知らず、また知りえなかった。推測性の解決策は、被攻撃者の表明から意思を推測する代わりに、他の事情から、たとえば第三者にとって周知の被攻撃者の選好から、被攻撃者によってどのような行動が推測上要求されるかを推定しようと試みることで、意思表明の不足を補おうとする。それ故、ここでもまた、「意思の受領者の観点 (Empfängerperspektive)」が考慮されることになる。そのため、推論の基礎として、第三者も知覚することのできるような事情のみが考慮されるのである。これに対して、第三者がその状況で認識することが不可能な権利の担い手の選好は、表明者が言葉に出していない意図と同様に、推測上の意思を認定するのに重要ではない。そして、事後に、被攻撃者の実際の意思が捉え損なわれた (verfehlen) ことが明らかになったとしても、そのことは重要ではないのである<sup>30</sup>。つまり、推測上の意思は、第三者にとって認識可能な事情に基づいて推測上形成された意思を意味するのである。したがって、通行人 P の事例では、E が介入を望んでいるだろうという推測上の意思を前提として、緊急救助を行うことが認められるのである<sup>31</sup>。

この推測性の解決策の利点は、一方では、被攻撃者の願望をもっとも広範囲に考慮し、他方でも、緊急救助者の保護利益を考慮することにある。この解決策によれば、まず、第三者に周知の被攻撃者の選好が、簡単には無視されえないということが保証される。それと同時に、第三者の介入に拒否をしなかった場合や、拒否の選好が認識されえなかった場合については、救助を望んでいな

<sup>29</sup> 通常であれば、被攻撃者の財を防御することが重要となるだろう。しかしながら、例外的に、緊急救助の不作為 (das Unterlassen der Nothilfe) が理性的な解決策を意味する状況も存在しうる。たとえば、銀行強盗 B は、客である K を人質にとった。警備員 W は、銃器を利用して B を弱らせることができるが、不利な角度 (Schusswinkel) であったために、B に命中する確率が20%のみ、K に命中する確率が80%であったような場合である。Engländer, [Fn.5]S.109.

<sup>30</sup> Vgl. Jakobs, [Fn.4]12/62.

<sup>31</sup> Engländer, [Fn.5]S.108ff.

かったという事後の表明によって緊急救助者を罰してはならない。これにより、緊急救助者の利益も保護されることになる。したがって、通行人 P の事例で、たとえ E が、自身の厳格な平和主義的思考に基づいて介入を拒否していたということを事後に述べたとしても、P に対してこれを表明せず、また P がこれに関する情報をなんら得ていなかったために、P の緊急救助は正当化されるのである<sup>32</sup>。

しかしながら、推測性の解決策に対してザビーネ・ゾイリンクは異議を唱える。ゾイリンクによれば、推測性の解決策は、何人かの緊急救助者が存在する場合に逆説的な結論にいたるという。たとえば、緊急救助者 A は、被攻撃者の救助拒否の意思が推測されるような特別な知識（das Sonderwissen）を有しており、そのために正当防衛権限を制限される。他方で、緊急救助者 B は、救助拒否に関する特別な知識を有しておらず、それゆえ正当防衛権を制限されることなく行使することが可能である。A は B よりもマイルドな手段を有していたが、特別な知識を有していたために正当防衛権の行使を制限され、結果として、はるかに激しい手段を有する B が正当防衛権を行使することになった<sup>33</sup>。すなわち、複数の緊急救助者が存在する場合、場合によっては、介入権限を与えられた 2 人目の緊急救助者の、より激しい手段が使用されるおそれがあるとゾイリンクは指摘するのである。そして、このような評価矛盾に陥ることを防ぐためにも、被攻撃者の推測上の意思を否定するのである<sup>34</sup>。

しかしながら、ゾイリンクのこのような指摘は、推測性の解決策の欠陥を意味するものではなく、単に、そのつどの行為者の知識水準に関係づけられる予測的な行動の一貫した結果を形成するにすぎないのである。そのため、一定の知識を有していない他者の介入が認められるのに対して、一定の知識を有する他者の介入が認められないということは、別問題と考えられるのである<sup>35</sup>。そうであるとしても、よりマイルドな手段ではなく、より激しい手段が利用されることは一見すると腑に落ちないように思われる。しかしながら、国家危険防御と私的緊急救助との比較を通じることで、この問題は解決する。たとえば、警察は攻撃を防御するためのよりマイルドな手段を有しているが、介入権限がないためにその手段を利用することはできない。他方で、より激しい手段ではあるが、私人が介入権限を有しているために、この手段を利用できる場合。この場合にも、より激しい手段を使用することになるとしても、私人に権限が与えられるのである。さらに、ゾイリンクの指摘するような評価矛盾を回避するためだけに、権利の担い手の自律を無視することに高い価値は認められないように思われるのである<sup>36</sup>。

---

<sup>32</sup> Engländer, [Fn.5]S.110.

<sup>33</sup> Sabine Seuring, Die aufgedrängte Nothilfe, 2004, S.237f. Vgl. Engländer, [Fn.5]S.110.

<sup>34</sup> Seuring, [Fn.33]S.240f.

<sup>35</sup> たとえば、宗教上の理由から患者が輸血を拒否していることを知っていたにもかかわらず、医師が輸血を行う場合（この場合、医師は患者の推測上の同意を引き合いに出すことはできない）と、このような患者の特殊な考えを知らずに医師が輸血をする場合とでは、状況が異なると考えるのである。Vgl. Engländer, [Fn.5]S.110.

#### 4. 小括

以上を簡単にまとめると、以下のようになる。まず被攻撃者の意思は、その内容と表明が問題となる。第1に、意思の内容については、禁止と放棄が考えられるが、通常ほとんどの事例は緊急救助の禁止に該当すると考えられる。そして、この禁止に反して緊急救助を行った場合には、強要的緊急救助として正当化されない。第2に、意思の表明について。この表明について、とりわけ問題となるのは、被攻撃者が何らの意思も表明しない場合である。この場合には、名宛人の観点から、被攻撃者の選好に基づいて、被攻撃者の意思を推測したうえで、緊急救助を行うか否かを決定する。ただし、このことは、また、被攻撃者の選好を知らずに緊急救助に出た者までも強要的緊急救助として処罰するものではない。救助の拒絶が、被攻撃者の利害や願望、思考から明らかでない場合には、理性的な第三者の意思と合致することで十分であると考えるのである<sup>37</sup>。このような理解に基づけば、確かに、被攻撃者の選好のみならず、その意思を尊重することができるうえ、さらに、緊急救助者を不容易に処罰するといったことも回避することができるだろう。また、理性的な第三者という基準に関しては、今後さらにエングレンダーの見解を研究する必要があると思われる。

### Ⅲ．緊急救助を拒否する意思の重要性

では、これまで検討してきた被攻撃者の意思、具体的には、緊急救助を拒否する意思は、常に遵守されるのだろうか。あるいは少なくとも、ある一定の条件のもとでは、そのような意思は無視されることがあっても良いのだろうか。この問題との関連で、まず被攻撃者の拒否の意思を重要視しない論拠を検討する。これらの論拠が適切でないと同定したならば、第2段階で、緊急救助の従属性に基づく制限について研究する必要がある。

#### 1. 原理的な不考慮に関する根拠 (Prinzipielle Unbeachtlichkeitsgründe)

被攻撃者の意思に沿って緊急救助が行われるべきであるのか、それとも被攻撃者の意思は一定の場合に無視されてもよいのか。被攻撃者の拒否意思の重要性 (Beachtlichkeit) について、この意思を考慮しない、以下の2つの論拠を検討する。

##### a) 認識不可能性に関する異議 (Nichterkennbarkeitseinwand)

この異議は、ギュンター・シュペンデルによって唱えられている。それによれば、被攻撃者の意思は、「しばしば、緊急救助者にとって、はっきりと認識されえない<sup>38</sup>」ものである。そのため、たとえば、襲われている女性が抵抗する気がないにもかかわらず、彼女の生命を危険にさらさない

<sup>36</sup> Engländer, [Fn.5]S.110f. ただ、これに関して、推測上の意思が、被攻撃者の自律となりうるのかは疑問である。

<sup>37</sup> ただし、緊急救助者が拒否の意思を認識しえたにもかかわらず、認識しなかった場合には、緊急救助者はそれに対して責任を負うという。Engländer, [Fn.5]S.112.

<sup>38</sup> Günter Spendel, Leipziger Kommentar, 11.Aufl., §32.Rn.145.

ために、強姦者を殴り倒すことも正当化されるという<sup>39</sup>。しかしながら、エングレンダーはこの異議は適切ではないと述べる。というのも、被攻撃者の意思がしばしば明確に認識されえないということは、一見すると、納得できるように思われる。しかしながら、シュペンデルの主張するような認識の問題はほとんど存在しない。むしろ、被攻撃者が自身の願望を明白に述べ、これを第三者が認識している状況の方が多く存在するからである<sup>40</sup>。また、前述のように、受取人、すなわち緊急救助者の観点から被攻撃者の意思が決定されなければならないことから、シュペンデルの異議は妥当しないとエングレンダーは述べる。

b) 市民としての勇敢さを求める異議 (Zivilcourageeinwand)

この異議は、緊急救助権限を被攻撃者の意思に結びつけることは、危険で勇敢な援助を行うやる気 (Bereitwilligkeit) を徐々に損なうおそれがあると考ええる。これに関して、シュペンデルは、「防御者は、その者の救助に向けた覚悟および騎士道にかなったこと (Ritterlichkeit) のために、無視されてはならない」だろうと考える<sup>41</sup>。また、ハインツ・ワグナーは、被攻撃者に防御する意思がない場合に、救助の必要性を否定するならば、そのことは、「緊急救助の準備を耐えがたい程度に (in einem unerträglichen Maße) 縮めるだけでなく」、被攻撃者の防御意思が存在し、救助を要求する場合に、被攻撃者が違法な攻撃を甘受するつもりであったと第三者が信じていたならば、救助がなされなくなると述べている<sup>42</sup>。

しかしながら、エングレンダーによればこの異議も適切ではないという。確かに、市民の勇気を促進することは、明らかに社会の大部分の構成員のためになる。そして、望ましい援助が誰しもに実際になされるならば、それは歓迎されることである。もっとも、この場合には重要なのは、望まれている援助と望まれていない援助の区別である。そして、ワグナーが主張するような危険は、第三者が介入してよいのか否かが認識不可能な場合にのみ生じるものである。しかしながら、緊急救助を排除する拒否の意思は、第三者にとって認識可能なものであるだろうということから、この問題は事実上存在しないと考えられるのである。さらに、両論拠に従うと、たとえば水漏れの被害を除去しようと協力するために、所有者の明確な意思に反してもその者の家に入ることが隣人に許されないならば、救助が原則的に行われない危険が存在すると主張されることになる<sup>43</sup>。しかし、被攻撃者の明確な拒否意思に反することは、被攻撃者の決定の自由、すなわち被攻撃者の自律を侵害することを意味する。つまり、両論拠を徹底させると、第三者が望まれた救助を行うことを歓迎する一方で、望まれていない援助が強要されるという事態に陥りかねないのである。

---

<sup>39</sup> Spendel, [Fn.38] §32.Rn.145.

<sup>40</sup> Engländer, [Fn.5]S.113. Seeberg, [Fn.16]S.113.

<sup>41</sup> Spendel, [Fn.38]§32.Rn.145.

<sup>42</sup> Heinz Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung,1984, S.37.

<sup>43</sup> Engländer, [Fn.5]S.113f.

## 2. 被攻撃者の意思と緊急救助の従属性

以上の検討からも、被攻撃者の拒否の意思は考慮に値するものと考えられる。しかし、拒否の意思があったとしても、それは必ず遵守されなければならないのだろうか。すなわち、被攻撃者の拒否の意思に反しても緊急救助を行うことが例外的に許される場合はないのだろうか。以下で検討する論拠は、一定の事例において被攻撃者の意思に従属することから第三者を解放する根拠があると示すものである。

### a) 理性的人格を基準とする考慮不要性の根拠 (Personenbezogene Unbeachtlichkeitsgründe)

この見解は、被攻撃者の意思を考慮しない根拠は、被害者にあると考える。防御権限が被攻撃者の権利から生じると考えるならば、その権限行使を決定する際に、被攻撃者の法的に保証された自由の行使が重要となると考える。しかしながら、このことは、暗黙のうちに権利の担い手の自己決定的な行為能力を前提とする。すなわち、被攻撃者は、攻撃を受けた財に対する決断の意義と影響を理解し、評価することができなければならない。確かに、大人であれば通常このことを前提としうだろうが、しかし、未成年者や泥酔者には、自身の決定の意義と影響を認識し、評価する能力が欠けている。そして、これらの者が緊急救助を拒否したとしても、それはもはや自律の自由な利用 (autonomer Freiheitsgebrauch) とは理解されえない<sup>44</sup>。それ故、第三者は、この者の意思決定に拘束されないと考えるのである<sup>45</sup>。ただし、第三者は、その代わりに、理性的な人間がその権利の担い手であった場合に、具体的状況においておそらく望むであろうことに従って、自身の行為を遂行しなければならない<sup>46</sup>。

### b) 法益を基準とする考慮不要性の根拠 (Rechtsgutsbezogene Unbeachtlichkeitsgründe)

この見解によれば、被攻撃者の拒否の意思を考慮しない根拠は、被攻撃者の財の種類にある。そして、被攻撃者が侵害に同意しえない財の場合には、彼はまた防御を排除してはならないと考えるのである。それとは反対に、被攻撃者が自由に処分する権限をもち、そしてその能力があるような法益への侵害が問題となる限りでは、被攻撃者の意思に反してはならないのである<sup>47</sup>。ジーベルクはまた、同意論との類似を指摘したうえで、緊急救助と被攻撃者の意思の従属性に関して以下のよう述べている。立法者は、法益の帰属主体の決定権限を制限する客観的な限界を定めたが、その背景には、とりわけ基礎的であるとみなされた特定の法益の保護がある。そのため、法益所有者は自身の諸法益の扱いを制限され、その放棄についても立法上の評価に従って限界づけられる。したがって、緊急救助との関係でいえば、自由に処分することのできない法益については、被攻撃者の同意あるいは表明された緊急救助禁止を通じてその法益が放棄されたとしても、被攻撃者の意思は考慮されないのである<sup>48</sup>。

---

<sup>44</sup> Engländer, [Fn.5]S.115f.

<sup>45</sup> Seeberg, [Fn.17]S.149f.

<sup>46</sup> Engländer, [Fn.5]S.116.

<sup>47</sup> BGHSt5, 247f.

### c) 検討

では、被攻撃者の意思との関係で、これらの見解はどのように考えられるのだろうか。まず、理性的人格を基準とする根拠づけに関しては、未成年者には、たとえば生命に関する自己決定の意義と影響を理解し、評価する能力がまったくないと言い切ることができるのかどうか疑問である。次に、法益を基準とする根拠づけに関して、被攻撃者が自由に処分することのできない財に対する攻撃が存在する場合に、緊急救助を拒否することはできないという主張は適切ではないとエングレンダーは指摘する。そもそも、被攻撃者が救助を拒否しているとしても、それが直ちに他者防御を拒否することに結びつけられるわけではない。つまり、この場合、被攻撃者が他の意図を追求する状況を考慮していないのである。たとえば、被攻撃者がみずから防御しようと考えている場合、あるいは、防御を放棄することで、財の救助によりよい期待がもてると信じているような場合がこれにあたる。たとえば、犯人 T にピストルを突きつけられた人質 O が、通行人 P が介入した場合、直ちに射殺されるだろうと思い、P に救助拒否の意思を示した場合である。このような場合に、緊急救助が実際に禁じられるべきであるか否か論究されることが必要であるが、いずれにせよ、被攻撃者の意思を考慮しなくてよいということは、法益を基準として根拠づけることはできないと考えられるのである<sup>49</sup>。

### 3. 同意制限の根拠づけ可能性 (die Begründbarkeit der Einwilligungsschranken)

以上の検討を通じて、被攻撃者の意思に左右されない緊急救助を行うことのできる可能性は、いわゆる被害者の同意の制限を緊急救助に転用することに残されている。被害者の同意の制限を転用することに関して、同意の制限がどの程度緊急救助に適用されうのかという問題があるが、本項ではまず同意について、なぜ一定の財の所有者が、その財を自由に処分することができないのかについて検討したい。被害者の同意の制限を根拠づける構想としては、個人主義的アプローチと超個人主義的アプローチが存在するが、本稿では、まず個人主義的アプローチに着目して検討を行う。

個人主義的アプローチによれば、同意の制限は、法益所有者の保護を目的としている<sup>50</sup>。そこで、たとえ法益所有者が保護をまったく望んでいないとしても、なぜ、その者の意思に反してまで保護されうのかについて説明される必要がある。このように法益所有者の自由を制限することに関して、本稿では、生命権論拠 (das Lebensrechtsargument) および性急性論拠 (das Voreiligkeitsargument) をとりあげる。

---

<sup>48</sup> Seeberg, [Fn.17]S.142.

<sup>49</sup> Engländer, [Fn.5]S.116ff. ただし、生命が問題となっている場合に直ちに緊急救助が認められる、という構想が適切でないと考えられるとしても、生命の重大性それ自体に着目する点では、後述の性急性論拠の観点からみても適切であるように思われる。

<sup>50</sup> Engländer, [Fn.5]S.118. Vgl. Norbert Hoerster, Sterbehilfe im säkularen Staat, 1998, S.28ff.

a) 生命権論拠 (das Lebensrechtsargument)

この論拠は、自殺行為は、その者の生命の基本権に反し、この権利は憲法に基づけば自由に処分できるものではないことから、個人は自身の殺害に同意しえないと考える。この論拠は、基本法 2 条 2 項<sup>51</sup>を根拠とする<sup>52</sup>。フリードリッヒ・クリスティアン・シュレーダーは、生命権に関して、「基本権 2 条 2 項は生命権を認め、そして、このような権利は、基本法 1 条 2 項によって『譲渡することができない (unveräußerlich)』。その際、『譲渡不可能性 (Unveräußerlich)』は、放棄不可能性 (unverzichtbar) を意味する」と述べている<sup>53</sup>。

この論拠を評価する際に重要となるのは、生命権論拠の支持者が、放棄不可能性あるいは譲渡不可能性をどのように理解しているかを説明することである。放棄不可能性あるいは譲渡不可能性の理解としてまず考えられるのは、権利の担い手は、名宛人によって殺害されないという自身の要求を、名宛人に対して放棄してはならないということである。すなわち、生命権論拠が理解するところの譲渡不可能性とは、名宛人に対して無権利状態に陥ってはならないというものである。

しかしながら、エングレンダーはこの見解に対して次のような異議を唱える。同意に関して、法益放棄に同意したとしても、いつでも同意を撤回しうることが示すように、同意をしてもなお、殺害されないという要求は権利の担い手のもとに存在する。つまり、権利の担い手は同意によって権利を委ねるのではなく、権利と関係する単なる財を委ねるにすぎず、それ故、無権利状態に陥るわけではないのである。このように考えると、同意による制限は、生命権の放棄不可能性と両立しうることになる。したがって、生命権論拠によっては同意の制限を根拠づけることはできないと考えるのである<sup>54</sup>。

b) 性急性の論拠 (das Voreiligkeitsargument)

この論拠は、同意の制限を性急な自己決定から個人を保護するメカニズムとして理解する<sup>55</sup>。すなわち、法益所有者のすべての同意表明が、その者の実際の利益に必然的に合致するわけではないのである。これについて、エングレンダーは次の点に着目する。人間は、完璧に合理的な方法ではなく、しばしば感情に制御され、気まぐれに、軽率にあるいは意志薄弱の状態で決定することがある<sup>56</sup>。そのため、誰かがある一定の願望を、その者の判断力が鈍っている状態で形成したり、決定に関する状況を誤って評価したり、あるいは、彼が短期の目標を比較的長期の目標よりも優先する

<sup>51</sup> Art.2 Abs.2 GG. “Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.” 「何人も、生命に対する権利および身体の完全性に対する権利を有する。人身の自由は不可侵である。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ侵すことができる。」

<sup>52</sup> Engländer, [Fn.5]S.124.

<sup>53</sup> Friedrich-Christian Schroeder, Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen, in: ZStW, 1994, S.573f.

<sup>54</sup> Engländer, [Fn.5]S.124f.

<sup>55</sup> Vgl. Norbert Hoerster, Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe, in: NJW, 1986, S.1789.

<sup>56</sup> ヘルスターも同様のことを述べている。Vgl. Hoerster, [Fn.55]S.1789.

ことがありうる。これらの場合には、その願望は、法益所有者の実際の利益と一致しないのである。これに関して、たとえば、以下の例が挙げられる。恋人に見捨てられたAは、将来二度と自分の人生において恋人ができないだろうと考えた。そのために、Aは死ぬことを望んだ。この場合、彼女の感情について実際には、単に一時的な、すでに数日後にはおさまりはじめている失恋の悲しみが問題となっているにすぎない<sup>57</sup>。そして、この論拠からすれば、このような意思形成から個人を保護することが必要となるのである。

その際、同時に重要なのは、同意者が洞察能力 (Einsichtsfähigkeit) を有しており、自身の決定の影響を把握していたとしても、殺害あるいは一定の身体傷害への同意は有効とはならないということである。では、この同意の無効はどのように根拠づけられうるのだろうか。ここで重要なのは、人間の生命とその他の財の区別である。生命は、重要な個人的な財であるとともに、個人のそれ以外の財を将来実現するのに不可欠の前提である。そしてもっとも重要な点として、生命の終了は絶対的に不可逆的なものであるという点で他の財とは異なる。生命の喪失は、撤回することができず、また、替えの車を調達するように、決して再び取り替えることができないものである。したがって、殺害による生命侵害は、比類のない、重大なものである<sup>58</sup>。

そして、生命という法益のこうした特徴に基づいて、性急な決定から個人は保護される必要があるとエングレンダーは考える。恋人に見捨てられたAの例でいうと、同意者Aは確かに、判断力があり自身の表明の意味を見通す能力を有してはいるが、しかし、一時的な気分の揺れに基づいて自身の実際の利益に対して取り返しのつかない結果を招くような決定をおこなっているのである。それ故、そのような誤った決定をできる限り回避するために、自身の殺害への同意を少なくとも原理的には認めないことが、また個人の利益になると考えるのである。

このような特殊な性質を有する生命については、同意者の意思に従属しないことを説明することも可能であるが、では、この論拠を身体傷害 (Körperverletzungen) に転用することは可能なのだろうか。以下の例を検討してみる。自身に対してBに強烈な平手打ちを与えることをAは許したが、場合によっては、その平手打ちは生命侵害と結びつけられうるものであった。このように、単なる身体傷害に向けられた攻撃であっても、それが殺害の危険に結びつけられる重大な身体傷害の可能性は考えられうる。すなわち、すべてではないにせよ、損害のうちのいくつかは、不可逆的であり、またきわめて重大であるため、将来の利益を追求することもまた、その侵害により制限されることになる。たとえば、Jは事故以来、麻痺により車いすでの生活を余儀なくされた。そのことに責任のある隣人Nは、Jと同様に麻痺となる侵害を受けることをJの父親から要求され、これに同意した。このような例を考えても、Nは自身の身体の完全性について性急な決定をなしており、そしてこの決定からNは保護される必要がある。したがって、性急性の論拠によれば、生命

---

<sup>57</sup> Engländer, [Fn.5]S.126.

<sup>58</sup> Engländer, [Fn.5]S.126f. Hoerster, [Fn.55] S.1789. Hoerster, [Fn.50]S.30.



のみならず、重大な身体傷害の場合にも、原則的に同意の制限が正当化されるのである<sup>59</sup>。

もっとも、この論拠をパターンリスティックな干渉であるとして批判する見解もある<sup>60</sup>。しかしながら、ヘルスターによれば、確かに性急性の論拠にはパターンリズムの部分があることは否めないが、以下の考慮により、このことは根拠づけられうるという。自由な自己決定は、人間にとって、個人的な生活様式の領域において唯一絶対の価値ではない。むしろ、自由な自己決定が通常、健康で幸福で充実した生活に不可欠な要素であるということに価値がある。しかしこのことは、自由意思による重大で不可逆的な自己損害が存在することを排除するものではない。そして、個人は、このような損害を事後になって「有益な教訓であった (Das war mir eine heilsame Lehre)」と言うのではなく、むしろ決定者の自己決定を犠牲にすることにはなるが、はじめから損害を被らない方を歓迎するだろうと考えられるのである。そのために、個人の自己決定を制限するパターンリズムは正当化されると考えるのである<sup>61</sup>。

さらに、エングレンダーによれば、性急性の論拠において重要なのは、法益所有者の主観的な選好であるとされる。この個人の選好は、個人の利益追求を最善化するための道具を意味する。そして、利己的に行為する者は、自身の利益を実現する際にあらかじめ自身に限界を課しておくのである<sup>62</sup>。すなわち、利益追求を最善化するためには、場合によっては、自己の法益処分に対して制限を課することも必要となると考えるのである。

以上のことから、性急性の論拠は、生命あるいはとりわけ重大な身体傷害における同意の無効を根拠づけることができると考えられうるのである。もっとも、これはすべての場合にあってはまるわけではなく、法益所有者の利益を実際に保護する限りでのみ、自由な処分の制限は正当化されることになる。重大な侵害から救助すること、そして身体の完全性を保護することは、法益所有者の事実上の利益となるだろう。その一方で、法益所有者にとって利益とならない場合も存在しうるのである。たとえば、事故以来まったく歩くことができなくなったAは、長い熟考ののち、もはや自分は生きるに値せず、それ故に死が救済を意味するだろうと考えた。この場合、Aは性急な自己決定を行っているわけではない。そして、性急性の論拠が、性急な財の放棄から法益の担い手を保護することによってのみ根拠づけられるならば、こうした財の放棄は例外事例となるのである。つまり、性急性の論拠は、生命侵害あるいは重大な身体傷害に対する同意の原則的な禁止を正当化するものであるが、性急でない財の放棄の絶対的な禁止までも正当化するものではないのである<sup>63</sup>。

---

<sup>59</sup> Engländer, [Fn.5]S.127f.

<sup>60</sup> ヒルシュとノイマンは、これに関して、刑法の課題は自己侵害の事例に干渉することではないと述べている。というのも、干渉がまさにPの将来的な生命の保障を目標としているのに対し、刑法は回顧的に (retrospektiv) 方向付けられるからであるという。詳細は、Andrew von Hirsch/Ulfrid Neumann, »Indirekter »Paternalismus im Strafrecht am Beispiel der Tötung auf Verlangen, in: GA, 2007, 671ff.参照。

<sup>61</sup> Hoerster, [Fn.55]S.1789.

<sup>62</sup> Engländer, [Fn.5]S.128f.

<sup>63</sup> Engländer, [Fn.5]S.131f.

#### 4. 小括

以上から、緊急救助を拒否する被攻撃者の意思に関して明らかになるのは以下のことである。原則的に、緊急救助を拒否する被攻撃者の意思を無視することはできない。したがって、そこでは被攻撃者の意思と緊急救助の間で従属性が働くのである。しかしながら、一定の場合には、この意思から解放されることがある。それは、被攻撃者が一時的なフラストレーションに基づいて意思形成をする場合である。そのような場合には、たとえ被攻撃者の意思に反するとしても、緊急救助が正当化されることになる。そして、それにより、一時的な意思決定から個人の生命や身体を保護することが可能になると考えられるのである。ただし、この論拠には、性急でない財の放棄の場合には緊急救助を正当化することができないという例外が存在することになる。

確かに、性急な決定は、その財が重大なものであればあるほど、事後になってなおさら取り返しがつかないものである。性急な自己決定は、被攻撃者の本来的な自己決定ではなく、またその決定によりもたらされる財の侵害についても、被攻撃者が真にそれを甘受したいと考えているわけではないだろう。それ故に、たとえ被攻撃者の意思に反することになったとしても、第三者による緊急救助は正当化されるように思われるのである。そして、このことはまた、個人法益を保護するという正当防衛の趣旨とも合致するのではないかと考えられるのである。

#### Ⅳ. まとめ

本稿では、被攻撃者の意思と緊急救助との従属性について検討してきた。ここで、正当防衛および他人のための正当防衛は、被攻撃者の意思に原則的に従属することにはなるが、しかしまた、その従属性に反して、とりわけ生命や重大な身体傷害に関わる場合には、緊急救助が正当化される可能性があることが示された。ここではさらに、生命と個人の自己決定という重大な問題も関わってくるだろう。生命の放棄という自己決定であったとしても、その決定に正当防衛あるいは他人のための正当防衛という形で刑法が関わることに關しては、否定的にみることもできるだろう。しかしながら、少なくとも、被攻撃者の一時的な気の迷いから生じるような決定であれば、個人法益を保護するという観点からは、むしろ正当防衛および他人のための正当防衛という形で介入することもまた認められる可能性もあるように思われるのである。

そして、このような可能性はまた、緊急救助と被攻撃者の意思との従属性について同様に議論がなされている日本の刑法理論にも示唆を与えるものと考えられるのである。日本では、ドイツと同様、この従属性に關して、被攻撃者の意思に反する緊急救助が成立する見解と不成立であるとする見解が対立している。さらに、不成立の見解のなかでも、例外的に被攻撃者の意思に反する緊急救助を認めるケースがあることが指摘されている。被攻撃者の意思に反する緊急救助を認める根拠としては、たとえば、生命という重大な法益に関する同意は無効であるから、緊急救助においても、生命に関する被攻撃者の拒否の意思は制限されるという法益関係的な考慮がなされている。そして、日本におけるこのような法益関係的な見解に、上述のエングレンダーの異議が当てはまるので

あれば、「性急な自己決定」という観点から、緊急救助と被攻撃者の意思との間の従属性を考慮する性急性の論拠は、日本の議論に示唆を与えるものであると思われるのである。

このように、緊急救助と被攻撃者の意思については、被害者の同意の制限との類似性が指摘されている。しかし、この被害者の同意による制限が、どの程度緊急救助に転用されうるのか、あるいはそもそも転用することができるのかについて、なお検討の余地が残されているだろう。さらに、同意の制限を根拠づける、超個人主義的アプローチとの比較を通じた研究を行う必要もあるものと考えられる。

また、正当防衛としての緊急救助として正当化することのできない事例に関して、緊急避難としての緊急救助として正当化することが可能であるのかという新たな問いも浮上する。そこで、正当防衛および緊急救助の正当化根拠としてエングレンダーが依拠する権利論拠を前提としつつ、緊急避難の正当化根拠との比較検討を行い、そのうえで、被攻撃者の意思と緊急避難としての緊急救助の従属性に関する検討を今後行いたいと考える。